

# ALCANCE DEL “TEST DE ABUSIVIDAD” DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

**GUILLERMO OROZCO PARDO**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada

**MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE**

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Granada

## ABSTRACTO

*El presente trabajo aborda la cuestión planteada por la STJCE de 14 de junio de 2012 en orden a la aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13 en relación con las competencias integradoras conferidas al juez por el derecho español – TRLLGDCU RDL 1/2007 – al calificar como abusiva una cláusula introducida en el contrato como condición general de la contratación. Supone un importante avance frente a la indefensión causada por el proceso monitorio, aunque crea un problema de difícil solución para el legislador*

## EXCEROTOS

*“La ‘homologación’ administrativa no debe suponer en todo caso la ‘licitud’ de la cláusula, pues ésta puede ser abusiva pese a cumplir ese requisito de inclusión”*

*“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*

*“Las condiciones generales han de estar redactadas de forma clara y comprensible, pues si hay duda se interpreta en favor del consumidor; si ello es posible se anula la cláusula abusiva y se mantiene la validez del resto del contrato”*

*“Basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas redactadas previamente, concepto ‘amplísimo’ de cláusula abusiva, que convierte, en realidad, a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”*

*“Pero el hecho de que se considere que el proceso monitorio vulnera el derecho del consumidor a su defensa frente a una cláusula abusiva, puede tener consecuencias importantes en cuanto al problema planteado por las ejecuciones hipotecarias y la solución dada por el TC a las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon al efecto”*

## 1. El equilibrio contractual como fundamento del “test de abusividad”

El derecho, en cuanto instrumento de *coordinación ética* entre los miembros de una comunidad en aras de la convivencia, debe asegurar unos *mínimos de justicia* en las relaciones contractuales por vía de la igualdad para que esa relación sea éticamente admisible, valiéndose para ello de los principios constitucionales que han de inspirar a las normas del derecho privado, por medio de las llamadas “*bases de las obligaciones contractuales*” que la Constitución enuncia y consagra en su artículo 149.1.8. Para ello el contenido preestablecido de las reglas o cláusulas que disciplinan las relaciones contractuales ha de ser claro, conocido y conforme a la buena fe y a la equidad. El principio de autonomía privada no es absoluto, sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del derecho; frente a ello no cabe tan siquiera alegar una norma consuetudinaria o usual pues estas han de respetar siempre aquellos límites<sup>1</sup>.

Por tanto, toda estipulación contractual “*impuesta*” al consumidor que suponga la infracción de estos principios o implicase una renuncia a los derechos del consumidor, es declarada nula ex art. 10 del TRDCU, pues se entiende que es contraria a la naturaleza o al equilibrio del contrato que la *buena fe*<sup>2</sup> consagra como exigencia imperativa del artículo 1258 CC<sup>3</sup>.

A nuestro entender esta cuestión cobró nueva vitalidad merced a la influencia directa de la Constitución de 1978 sobre el derecho civil y, en concreto, sobre las materias relativas a la teoría general del contrato. Si partimos del análisis del artículo 14 CE que consagra el principio/derecho a la igualdad y lo conectamos con el artículo 9.2 del mismo texto, según el cual “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, obtendremos un principio fundamental del sistema contractual, que impone el equilibrio de las prestaciones y la igualdad de las partes como exigencia *irrenunciable* en el seno del contrato.

Como afirma Suárez Pertierra, este precepto pretende del Estado una actitud específica para la correcta realización de la libertad y la igualdad, de tal suerte que ese Estado se convierte en social<sup>4</sup> en la medida en que dota a la igualdad de un contenido de redistribución y de compensación para enriquecer

los derechos de los menos dotados y se limitan los de aquellos que poseen una superioridad social o económica para compensar las discriminaciones reales que proceden del modelo social imperante<sup>5</sup>.

Con ello se convierte aquél principio formalista a la igualdad del Antiguo Régimen en un factor transformador de la sociedad, de suerte que, en palabras de Sánchez Agesta, el principio de igualdad jurídica se convierte en “*principio de desigualdad jurídica que proteja a la parte natural o socialmente más débil*”, y ello porque no se puede tratar igual a los desiguales<sup>6</sup>. Esto supone aplicar este principio/mandato constitucional a los diversos órdenes de la vida social, pues no se trata simplemente de una igualdad formal ante la ley, sino de una efectiva igualdad entre los ciudadanos en el seno de las relaciones sociales que cristaliza en un derecho subjetivo a la igualdad constitucionalmente consagrado, según ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 311/2000 de 18 de diciembre). Es por ello por lo que no se puede admitir la existencia de una ética para las relaciones regidas por el derecho público, distinta substancialmente a la que ha de regir en el campo de las relaciones sometidas al derecho privado, máxime cuando la frontera entre ambos tiende a *difuminarse*, no sólo en el derecho de familia, sino en ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía privada como los derechos reales y la teoría de las obligaciones y los contratos<sup>7</sup>.

Todo lo que antecede ha de ser puesto en conexión con el referido artículo 149.1.8 C.E. que confiere al Estado la competencia exclusiva “*en todo caso*” sobre las reglas relativas a las bases de las obligaciones contractuales y con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, pues el derecho civil patrimonial ha de conectarse ahora con los principios y valores constitucionales<sup>8</sup>.

Rodrigo Bercovitz mantiene que las bases de las relaciones contractuales se encuentran o inducen a partir del propio Código Civil, libro IV, títulos 1º y 2º, y demás normas conexas como aquellas que regulan tipos concretos de contratos o aspectos determinados de la contratación<sup>9</sup>. La STC 71/82 de 30 de noviembre sostuvo que dichas bases se relacionan con las exigencias de la unidad de mercado y abarcan cuestiones capitales como el régimen general de la responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía privada, la regulación general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas y su sanción y la unidad del mercado nacional<sup>10</sup>.

Estas bases, merced a su papel vertebrador de tan importante sector de la vida económica y social, han de estar necesariamente imbuidas de los principios constitucionales y, en concreto, del *principio/mandato* de igualdad como exigencia impuesta por vía de la seguridad jurídica, que sirve a la vez de

*criterio/valor* para determinar el control de “*calidad*” de una norma y, también, de una estipulación contractual que funciona como “*ley entre partes*”<sup>11</sup>.

Esta exigencia se acentúa en los casos en que dicha estipulación forma parte de un contrato de adhesión normado, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de “*desequilibrio equitativo*” cual es el “*contra estipulatorem*” recogido en artículo 10.2 de la *derogada* Ley de Consumidores, a cuyo tenor “*las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado*” y hoy plasmado en el artículo 80.2 TRDCU. El artículo 6 de la Ley 7/98 L.C.G. impone que tales dudas se resuelvan en favor del adherente, dando preferencia a las cláusulas *particulares* sobre las generales, salvo que esta sea más beneficiosa para el adherente, y se remite a las disposiciones del Código civil sobre interpretación de los contratos para lo no previsto en ella.

Ha de prevalecer,  
en caso de duda,  
la condición más  
beneficiosa para el  
consumidor

Incluso se impone una norma “*de cierre*” que asegura el equilibrio, pues el artículo 83.2 TRDCU establece la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual que no pueda ser subsanada por el juez, lo que debemos conectar con la integración positiva favorable al deudor del artículo 65 del mismo TRDCU<sup>12</sup>. Es por ello que la aplicación de los principios constitucionales a este campo se materializa por medio de nuevas normas o mediante la utilización de aquellos principios como criterios interpretativos e integradores y ello porque, como afirma Díez Picazo “*la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro (...) que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales*”<sup>13</sup>.

La STC 71/1982 afirma *el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección al consumidor*; además, pone de manifiesto que *la técnica legislativa a aplicar en este campo implica la plural inclusión de una regla en sectores distintos*. Al abordar la cuestión de la competencia legislativa sobre la materia afirma que *la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes*.

En relación con la materia concreta relativa a las cláusulas abusivas, esta sentencia ya consideraba esta cuestión como un *fenómeno capital* para la

defensa de los consumidores y usuarios, razón por la cual *el tratamiento de la materia y las soluciones al respecto, deben ser una, y la misma, para cualquier parte del territorio del Estado*. Por tanto, la decisión de la técnica a emplear corresponde al Estado, pues se requiere una *regulación uniforme*, ya que no sería lógico admitir la existencia de un catálogo distinto de cláusulas abusivas en las distintas comunidades o una sanción diferente por su aplicación.

Estas condiciones generales son redactadas de forma previa y unilateral por la entidad *predisponente* e integran el contenido básico del contrato al que el consumidor se adhiere. Por tanto, como dice la ley 7/98 L.C.G. son cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es exclusivamente imputable a una de las partes. Como afirma Albiez, sus notas características son la *predisposición*, la *imposición* y la pluralidad de contratos y por ello han de ser objeto de un control formal y material, sean o no aplicadas, porque inciden directamente en la fase de formación y en la ejecución del contrato: cómo se presentan, quién las formula y cómo se incorporan al contrato<sup>14</sup>.

Esta “*predisposición unilateral*” conlleva de salida una posición de dominio entre entidad y consumidor, razón por la cual se ha de someter a un control muy estrecho a los contratos de adhesión y a las condiciones que los integran. Generalmente, se trata de contratos redactados uniformemente, es decir contratos *standard*, con un margen de negociación mínimo preestablecido por el *predisponente*, donde la aceptación es imprescindible para obtener el producto o servicio en un sector con una competencia muy restringida. A tal extremo llegó ese desequilibrio que algunos autores le negaron naturaleza contractual a estos negocios jurídicos y los entendieron como *actos unilaterales impuestos*.

Los abusos a que da lugar esta práctica han llevado a una intervención administrativa, de control previo e inspección, legal, imponiendo límites y contenidos, y judicial, declarando nulas las condiciones abusivas. Por tanto, tienen naturaleza contractual, pero actúan como *lex privata* entre las partes configurando una suerte de “ordenamiento contractual”, predispuesto por una de ellas y aceptado por la otra. Lógicamente, han de cumplir unos requisitos que se deducen de la ley y que la doctrina sintetiza, de acuerdo con el artículo 80 y siguientes del TRDCU, de la siguiente forma:

1º – *Requisitos de inclusión*: han de plasmarse en el contrato o referirse a un documento que se facilita, ponerse a disposición del adherente un ejemplar del mismo y han de formularse de forma clara, legible y comprensible. Es importante destacar que no se admite el reenvío a textos o documentos que no se facilitan previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. En este sentido, es doctrina reiterada de la jurisprudencia que las condiciones generales

que utilicen las empresas públicas y los concesionarios de servicios públicos – en los contratos “normados” administrativamente – han de someterse a un control previo de licitud por parte de la Administración competente, so pena de nulidad por abusiva. Ello es lógico porque viene impuestas por la parte *fuerte* del contrato, no se negocian y el consumidor debe *acatarlas* pues el predisponente suele tener *de facto* el monopolio de un bien de primera necesidad, y el usuario o se allana lisamente o no accede al suministro. Así lo ha reflejado el artículo 81 TRDCU como “requisito de validez”<sup>15</sup>.

No obstante, la “homologación” administrativa no debe suponer en todo caso la “licitud” de la cláusula, pues ésta puede ser abusiva pese a cumplir ese requisito de inclusión<sup>16</sup>.

En los principios del *Acquis communautaire*, se extrema la diligencia del predisponente en orden a la utilización de las medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento del contenido de las cláusulas no negociadas individualmente antes o en el momento de la conclusión del contrato<sup>17</sup>. Ello porque inciden directamente sobre el derecho a la información previa que asiste al consumidor que no es advertido de la existencia de la cláusula o sobre su alcance.

2º – *Requisitos de interpretación*: ha de prevalecer, en caso de duda, la condición más beneficiosa para el consumidor; prevalece una cláusula particular frente a la general y la regla *contra proferentem* que impide que la cláusula obscura se interprete en favor del *predisponente*.

3º – *Requisitos de contenido*: han de respetar los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

4º – *Requisitos de exclusión*: supone la exigencia de que se cumplan los requisitos de conocimiento, claridad, firma, etcétera así como la existencia de listas o categorías de condiciones que se declaran nulas o que no pueden ser incluidas en ningún caso: incrementos de precios no justificados, inversión de la carga de la prueba o condiciones abusivas de crédito, serían algunas de ellas. Se recogen en el artículo 7 de la Ley 7/98 L.C.G. que proscribía las no conocidas o firmadas por el adherente, las ambiguas, oscuras, ilegibles o incompresibles y las del catálogo recogido en los artículos 85 a 90 TRDCU<sup>18</sup>.

Estos requisitos de *incorporación* venían ya consagrados en el artículo 5 de la Ley 7/98 L.C.G. y a su tenor tales condiciones generales han de ser aceptadas por el adherente con su firma en el contrato, salvo ciertas excepciones en la contratación electrónica o telefónica, y para ello previamente han de serle facilitadas o se dispondrán los medios precisos para que puedan ser conocidas<sup>19</sup>, y han de redactarse de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.



Y concluye la Ley<sup>20</sup>: “Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas”, y ello porque según el legislador el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en relación con los consumidores y puede darse tanto en condiciones generales, como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse, lo cual se predica de los casos en que no ha habido una negociación individual. Es por ello que cuando existe una relación entre consumidor y el profesional o empresario, es cuando cobra verdadero sentido la aplicación de la lista de cláusulas abusivas que consagra la ley<sup>21</sup>.

## 2. El equilibrio contractual en materia de consumo: su dimensión europea

Esta protección del equilibrio contractual que impone la buena fe y que se ha convertido en uno de los principios capitales de sistema jurídico-privado, ha adquirido una dimensión extranacional como lo demuestra la política de la Unión Europea en esta materia. Para ello se consagran los principios antes enunciados y que inspiran a la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril sobre cláusulas contractuales abusivas<sup>22</sup> de la que trae causa nuestra L.C.G. La Ley se aplica a los contratos que contienen condiciones generales, celebrados entre un profesional – *predisponente* – “persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada” y un adherente que puede ser cualquier persona física o jurídica, incluido un profesional aunque no actúe en el marco de su actividad. La directiva hacía referencia a contratos entre consumidores (“*persona física que actúa en tales contratos con un propósito ajeno a su actividad profesional*”) y el profesional (“*persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*”). En su artículo 3 la norma comunitaria dispone: “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se dispone que: Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas...



A este respecto, la Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2009 sienta una serie de conclusiones fundamentales: *“la importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán» al consumidor”*. El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. En el apartado 37 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia añadió que la directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra *t*), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

En esta misma línea, aunque con *significativas* variaciones, el actual artículo 82 TRDCU dispone que *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Así mismo, *el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato*. *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*.

No obstante, conviene recordar la afirmación del Tribunal Supremo de que *“la contratación por adhesión no es, por si misma, una fuente automática de nulidades”*. (Cfr. STS 29/6/95 y Exposición de Motivos de la Ley 7/98 L.C.G.)

En el artículo 82.3 TRDCU, que trae causa del 10 bis de la Ley 26/84 que siguió al artículo 4 de la directiva, se establecen los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula: se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que éste dependa. En definitiva: se analiza todo el contexto negocial<sup>23</sup>. Las condiciones generales han de estar redactadas de forma clara y comprensible, pues si hay duda se interpreta en favor del consumidor; si ello es posible se anula la cláusula abusiva y se mantiene la validez del resto del contrato, integrándose por el juez

sobre la base del artículo 1258 CC y aplicando sus facultades moderadoras, pero si pese a ello persiste la situación no equitativa de las partes, la parte perjudicada puede pedir la ineficacia total del contrato. Además, el hecho de que existiera una negociación parcial no es obstáculo para que se aplique este el artículo 82 TRDCU al resto del contrato; así mismo, repetimos, si el profesional pretende que ha existido negociación, ha de probarlo<sup>24</sup>.

Igualmente, es interesante la STS del 20/11/96 que analizaba el diferente criterio del artículo 3 de la directiva y el antiguo 10.2 de la Ley 26/84. Según el tribunal a tenor de aquél *“basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas redactadas previamente, concepto ‘amplísimo’ de cláusula abusiva, que convierte, en realidad, a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado artículo 3”*. En cambio, continúa la sentencia, *“el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/84 requiere que la aplicación – de la cláusula abusiva – no la pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La LGDCU se muestra sí más restrictiva, no basta que existan cláusulas redactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad”*.

Realmente, la directiva no se circunscribió a un solo criterio pues atendía a la falta de negociación previa, que afecta al libre consentimiento, y a la posición de desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, en lo tocante a los derechos y obligaciones de las partes, que afecta a las exigencias de la buena fe y, por ende, al principio de igualdad que inspira a las bases de las obligaciones contractuales que, en nuestro caso, la Constitución “confía” al Estado. Además, se ha de atender a la *naturaleza* de los bienes o servicios objeto del contrato y a las *circunstancias* que concurran en su celebración, así como al resto de las cláusulas y a los contratos conexos con este.

### **3. Alcance del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el derecho español**

Como hemos expuesto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que: *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que*

*figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

La doctrina ya puso de relieve que la impugnación de las cláusulas abusivas puede tener un coste económico superior a al que implique su cumplimiento para el consumidor, además de la *inseguridad* del resultado de un proceso judicial. La STJCE de 27 de junio de 2000 puso de relieve esta circunstancia pues entendió que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la directiva no se podría lograr si los consumidores tuvieran que correr con la obligación de plantear por si mismos el carácter abusivo de tales cláusulas: los costes procesales y de defensa letrada serían mayores a los beneficios obtenidos. Sumemos a ello la ignorancia o falta de preparación del consumidor para detectar ese posible carácter abusivo. Es por tanto lógico permitir que sea el juez quien pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, pues solo así se logra el objetivo de protección pretendido. En el mismo sentido se pronunció la STJCE de 21 de noviembre de 2002 entendiendo que la protección de la directiva se extiende a los casos en los que el consumidor ha celebrado un contrato con profesional que contenga una cláusula abusiva y no invoque éste carácter, bien por ignorancia<sup>25</sup> o por el efecto disuasorio de los costes del proceso judicial.

La impugnación de las cláusulas abusivas puede tener un coste económico superior a al que implique su cumplimiento para el consumidor

Por su parte, en nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

La materia ha venido a modificarse sustancialmente a raíz de la reciente Sentencia TJUE de 14 junio 2012, que establece: “*El artículo 6, apartado*

*1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

Es interesante profundizar en el caso concreto objeto de juicio, resumidamente: Un consumidor suscribió una póliza de préstamo por importe de 30000 euros con una entidad de crédito para la adquisición de un vehículo para uso familiar. El prestatario dejó de cumplir su obligación de pago durante siete mensualidades, por lo que el banco resolvió anticipadamente el crédito, reclamando las cantidades debidas así como sus intereses por los trámites del juicio monitorio.

El Juzgado de Primera Instancia dictó un auto en el que constataba, por una parte, que el contrato controvertido era un contrato de adhesión, por haberse celebrado sin posibilidades reales de negociación e incluir condiciones generales impuestas, y, por otra parte, que la fijación del tipo de interés de demora del 29% figuraba en una cláusula mecanográfica que no se distinguía del resto del texto en cuanto al tipo o cuerpo de letra o a su aceptación específica por parte del consumidor.

Dadas estas circunstancias, y tomando en consideración el tipo de interés Euribor (*Euro interbank offered rate*) y el del Banco Central Europeo (BCE), así como el hecho de que el interés de demora en cuestión sobrepasaba el interés retributivo en más de 20 puntos, el Juzgado de Primera Instancia declaró de oficio nula de pleno derecho la cláusula de intereses moratorios controvertida, por estimarla abusiva, remitiéndose a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Además, fijó el interés de demora en un 19%, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, y requirió al banco para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses para el período que se discutía en el litigio del que estaba conociendo.

El banco interpuso recurso de apelación contra dicho auto ante la Audiencia Provincial, alegando esencialmente que el Juzgado de Primera Instancia no podía, en esa fase del proceso, ni declarar de oficio la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora, considerada por él abusiva, ni modificar dicha cláusula.

En una resolución, la Audiencia Provincial señala varias cuestiones, por lo que nos interesa: en primer lugar, que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e *in limine litis*, la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas ha de ventilarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor; en segundo lugar, por lo que respecta al derecho de la Unión, se indica que es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que obliga a los jueces nacionales a examinar de oficio la nulidad y la inaplicabilidad de las cláusulas abusivas, incluso en el caso de que las partes en el contrato no lo hayan solicitado.

En estas circunstancias, la Audiencia Provincial, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, entre otras, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Es contrario al derecho comunitario, en especial respecto al derecho de los consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una cláusula de intereses moratorios (en este caso del 29%), en un contrato de préstamo al consumo? ¿Puede el tribunal optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por deferir el posible análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal)?

2) A la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/CE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del TRDCU a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”?

### **3.1. El proceso monitorio es insuficiente para un test de abusividad efectivo**

Respecto a la primera cuestión prejudicial planteada, dada la negativa en interpretación del derecho interno, se alude la virtualidad del conocimiento o no del juez en un proceso declarativo especial como es el proceso monitorio de reclamación de deudas, sin oposición, de la actuación de oficio y/o la calificación de abusividad de una cláusula contractual, en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE es claro: “*Pues bien, en este contexto, procede*

*declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio – in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento – el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35).”*

Es decir, es contrario a la directiva la imposibilidad del examen de oficio por el juzgador, y la calificación de abusividad de una cláusula, cuando las partes se conformen como empresario/consumidor, en el proceso monitorio sin oposición. Lo que viene a poder interpretarse que la instancia europea se muestra partidaria de un examen del asunto más allá de los límites del principio dispositivo que rige los procesos civiles, haciéndose participe a jueces y tribunales de la revisión contractual de oficio.

La razón del tribunal es más que elocuente, de otra forma: *“bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34)”*.

La solución pasa por una revisión normativa del proceso monitorio a la luz de los considerandos 56 y 57 de la sentencia: *“En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos (...) se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”*



No vamos ahora a profundizar más en este tema, pero el hecho de que se considere que el proceso monitorio vulnera el derecho del consumidor a su defensa frente a una cláusula abusiva, puede tener consecuencias importantes en cuanto al problema planteado por las ejecuciones hipotecarias y la *solución* dada por el TC a las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon al efecto.

### **3.2. La consecuencia de la cláusula abusiva es la no vinculación del consumidor**

Como se ha reiterado, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

A raíz de estas disposiciones se plantea la segunda cuestión prejudicial que la sentencia en cuestión viene a interpretar, y que se resume en si los efectos contemplados en el artículo 83 del TRDCU se amoldan a lo preceptuado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a los puntos de conexión de ambas normas, podemos decir que una cláusula contractual calificada como abusiva debe de entenderse como *no puesta* y, por tanto, no vinculará al consumidor o, dicho de otra manera, éste no la deberá cumplir; solo si la cláusula configura el “núcleo contractual”, será motivo de nulidad absoluta del contrato en toda su extensión; si bien, se ha de procurar el mantenimiento del vínculo contractual.

Pero la cuestión es determinar es si basta con la consideración de la cláusula como *no puesta* y, consecuentemente, la no vinculación a la misma por parte del



consumidor; o se puede ir más allá, de acuerdo con el artículo 83, habilitando a los jueces para interpretar e *integrar* el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

En principio, en cuanto a los fines de la norma europea, dice el considerando 40 que: *“se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 (LA LEY 195036/2010), Rec. p. I- 0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Perenič ová y Perenič, C- 453/10 (LA LEY 18968/2012), Rec. p. I- 0000, apartado 28) –y el considerando 64- “el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas.”*

La esencial diferencia de normas viene determinada porque en nuestro derecho interno se habilita al juez para interpretar e integrar la cláusula y el contrato en general conforme a los postulados del artículo 1258 del Código Civil y la buena fe; lo cual, según dispone la sentencia en cuestión, es contraria del derecho comunitario: *“71. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (...) 73. A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007), que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (...) Fallo: 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

La cuestión no es baladí, pues viene a modificar en profundidad las bases de nuestro derecho de contratos y, necesariamente habrá de ser objeto de un sustancial estudio, más allá de este trabajo.

De acuerdo con la doctrina, hasta ahora, asentada, artículo 1258 CC otorga a la naturaleza del contrato un papel fundamental en cuanto medio de integración, positiva y negativa, del mismo pues afirma que éste, una vez perfecto, obliga a las partes, no sólo a lo expresamente pactado, sino también *“a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”*. Esa buena fe está referida, principalmente, al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos<sup>26</sup> y proscrib el abuso del derecho y su ejercicio antisocial. En su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin presupuesto, por lo que deben estimarse comprendidos en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento para satisfacer los intereses de las partes. (Cfr. STS 9/12/1963). En cuanto a sus efectos, la cláusula abusiva – incumple un *requisito* – tiende a ser declarada sin efecto por la ley, optando por la nulidad parcial y manteniendo el contrato, en aras del principio de conservación del negocio jurídico, salvo que del resto del contrato se deduzca una situación no equitativa de las posiciones de las partes, en cuyo caso de declara ineficaz todo el contrato, según disponen el artículo 83 TRDCU y 8.1 de la LCG. En caso de nulidad de una cláusula abusiva, acudiremos al criterio “integrador” que resulte aplicable por la vía del artículo 1258 CC, pero si interpretamos este “a sensu contrario”, la buena fe, los usos normativos de carácter necesario y la ley imperativa, de acuerdo con la naturaleza del contrato, deben servirnos para considerar inadmisile una cláusula contractual que les sea contraria.

De esta forma, el artículo 6.1 debe ser interpretado, conforme a la sentencia que se comenta, en sus justos términos, con amplias facultades para la aplicación del “test de abusividad” pero con límites sustanciales, ya que, en cuanto que dicho “test”, tendrá, en exclusiva, la consecuencia de no vinculación al consumidor, sin más; no pudiéndose integrar el negocio conforme a los postulados tradicionales de nuestro derecho de contratos amparados en el artículo 1258 del Código Civil. Ello crea un problema de difícil solución dado que serían las partes las que deben integrar el contrato con una nueva cláusula “sustitutoria” de la anulada por abusiva, salvo que el contrato no pueda subsistir sin ella y no quepa ninguna vía de integración. En cualquier caso, es un difícil reto para nuestro legislador, que deberá afrontarse mediante el análisis comparado y la discusión doctrinal.

## Notas

<sup>1</sup> Cfr. STS 30/4/93 y 29/6/95.

<sup>2</sup> Sobre la relevancia de este precepto y su aplicación en este campo véase García Amigo, M: *Consideraciones a la buena fe contractual*. Revista Actualidad Civil, n. 1, de 2000.

<sup>3</sup> Esta “preocupación” por el equilibrio contractual no es nueva, puesto que ya se encontraba en el Código civil como principio inspirador de varios de sus preceptos tales como el 1091, 1255, 1256, 1258 y 1269, entre otros, pues como afirmaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/11/1962, se ha de tener en cuenta cualquier evento que afecte “*al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*” (Cfr. STS 17/1/86; 21/10/86; 21/10/90 y 31/10/92, entre otras.

<sup>4</sup> Sobre las consecuencias de la proyección del sistema de economía social de mercado y sus repercusiones en el moderno Derecho de contratos véase Santos Briz, J.: “*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*”. Granada, Comares, 1992.

<sup>5</sup> Vid. “*Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*”. Dir. O. Alzaga, EDERSA, Madrid, 1985, Tomo II. Véase así mismo Fernández Rodríguez, A.: “*Grandes directrices y principios informadores del Código civil. Estimación conjunta*”. En: “*El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*”. Mº de Justicia, Madrid, 1989, pág.49 y siguientes.

<sup>6</sup> Citado por Suárez Pertierra en op. cit., pág. 291.

<sup>7</sup> Sobre las relaciones entre Constitución y Derecho civil véase Arce y Flores-Valdés, J. “*El Derecho civil constitucional*”. Cívitas, Madrid, 1986.

<sup>8</sup> Tal y como afirma Perlinger: “*Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento*”. Vid. “*Por un Derecho civil constitucional español*”. ADC, 1983, p. 5. Sobre la seguridad jurídica véase Mezquita del Cacho, J.L.: “*Seguridad Jurídica y sistema cautelar*” Barcelona, Bosch, 1989.

<sup>9</sup> Vid. “*Las Bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución*”. En: “*Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*”. Coord. B. Moreno Quesada. Técno, Granada, 1989.

<sup>10</sup> Sobre esta sentencia véase Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: “*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. En: “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”. Técno, Madrid, 1987. Sobre el diseño constitucional Vid. “*Por un Derecho civil constitucional español*”. ADC, 1983, p. 5. Sobre la seguridad jurídica véase Mezquita del Cacho, J.L.: “*Seguridad Jurídica y sistema cautelar*” Barcelona, Bosch, 1989.

<sup>11</sup> Vid. “*Las Bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución*”. En: “*Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*”. Coord. B. Moreno Quesada. Técno,

Granada, 1989. Sobre esta sentencia véase Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: “*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. En: “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”. Tecnos, Madrid, 1987.

<sup>12</sup> Así Arce y Flores-Valdés, siguiendo a Larenz, entiende que tales bases proscriben los *contratos leoninos* “*cuyas condiciones someten a una de las partes a una completa dependencia de la otra*”. Vid. op. cit., p. 77. La L.C.G. sanciona en su artículo 8 la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en ella o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. En cualquier caso, declara nulas las condiciones abusivas según lo establecido en el *derogado* artículo 10.biss y la disposición adicional 1ª de la L.G.C.U., que contenían un *catálogo* de cláusulas abusivas, que ahora se recogen en los artículo 85 y siguientes del TRDCU y que será modificado si se aprueba la Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores con su actual redacción.

<sup>13</sup> Vid. “*Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)*”. Cívitas, Madrid, 1979.

<sup>14</sup> Vid. *la incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea*. En la obra: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Atelier, Madrid, 2011. Páginas 194 y siguientes.

<sup>15</sup> Tal ha sido la postura de la sentencia del Juzgado de primera Instancia de Córdoba de 30 de julio de 2003, confirmada por la de la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 25 de febrero de 2004, que declaró nulas por abusivas – pues no reúnen el requisito de inclusión de la *homologación* – a las cláusulas que imponen el pago del “coste de alta e inspección” y por “el uso y utilización de las instalaciones” a los usuarios de Gas Natural de Andalucía y entiende como *consecuencia lógica y directa* la obligación de devolver lo cobrado por este concepto. Vid. SAP Burgos de de 17/02/2000; 2/2004. y Zamora 6/9/2000. Cfr. Artículo 7 Ley 7/1998 de LCG: No incorporación. *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

<sup>16</sup> Sobre el control de contenido y prohibición de cláusulas abusivas véase la jurisprudencia reseñada en *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*. La Ley, Madrid, 2005. E. Llamas Pombo Coord. Páginas 254 y siguientes.

<sup>17</sup> Vid. ADC Tomo LXI de 2008. Así mismo, Albiez Dhorman en op. cit., loc. cit.

<sup>18</sup> Vid. O’Callaghan, X.: *Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas*. Estudios Homenaje al Profesor B. Moreno Quesada. Almería, 2000, vol. III, página 1361 y siguientes. Sobre la *cognoscibilidad* objetiva como exigencia del control de inclusión, véase el artículo 5 L.C.G. y Coca Payeras, M.: “*La regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico*”. En “*Comentarios...*”. Cívitas, cit., página 223 y siguientes.

<sup>19</sup> Como hemos visto, para este supuesto el artículo 801.b del TRDCU dispone: *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente. El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71.*

<sup>20</sup> Vid. Serra Rodríguez, A. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. En *Derecho Privado de Consumo...*cit. Páginas 332 y siguientes.

<sup>21</sup> Albiez Dorhmann alude a otros criterios generales de control de contenido como la transparencia material o las buenas prácticas comerciales. Vid. Op. cit. Páginas 226 y siguientes.

<sup>22</sup> Esta Directiva fue calificada como una norma de *mínimos*, de carácter *experimental y general*, que pretendía una armonización parcial y supranacional. Vid. Pagador López, J. *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. M. Pons, Barcelona, 1998. Páginas 28 y siguientes.

<sup>23</sup> El artículo 32.2 de la Propuesta de Directiva @@ sobre derechos de los consumidores dispone: *No obstante lo dispuesto en los artículos 34 y 38, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los productos objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración y todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Para evaluar la equidad de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31.*

<sup>24</sup> Sobre el tema, véase Blandino Garrido, A. *La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato*. En la obra *Derecho Privado europeo...*cit., páginas 239 y siguientes.

<sup>25</sup> Vid. Pipaón Pulido. G: *Derechos de los consumidores y usuarios*. Lex nova, Madrid, 2009. Páginas 176 y siguientes.

<sup>26</sup> Aquí podríamos hacer referencia a los sistemas de amortización de créditos hipotecarios, que quedan a elección de la entidad financiera y pueden ocasionar perjuicios para el consumidor. La Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001 *relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos de vivienda* (D. O. L 069 de 10/03/2001) obliga informar sobre ello, lo que clarifica esta cuestión.